

## SUR LA NON-CODIFICATION DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ FRANÇAIS

Paul Lagarde\*

Le droit international privé français positif est constitué essentiellement par la jurisprudence de la Cour de cassation qui s'est longtemps appuyée sur le squelettique article 3 du code civil et préfère aujourd'hui, pour éviter de prolonger la fiction, se fonder sur ce qu'elle appelle les principes généraux du droit international privé et qui ne sont que la formulation de cette même jurisprudence.<sup>1</sup>

Peter Herzog, qui a tant fait pour faire connaître en France le droit américain et aux Etats-Unis le droit français s'est sans doute étonné, comme d'autres observateurs, de la discrétion en cette matière du législateur français, alors que dans le monde s'est développé depuis les années soixante un puissant mouvement de codification du droit international privé, venu d'abord des Etats de l'Europe de l'Est<sup>2</sup>, mais qui a depuis lors atteint la plupart des Etats de l'Europe occidentale<sup>3</sup> et

---

\* Professeur à l'Université de Paris I, Panthéon-Sorbonne

1. V.B. OPPETIT, "Les principes généraux en droit international privé", *Archives de philosophie du Droit*, 1987.179; Petra HAMMJE, *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé*, thèse Paris I, 1994, multigr.; comp. D. BU-REAU, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, thèse Paris II, 1992, multigr.

2. Dans l'ordre chronologique: Tchécoslovaquie, loi du 4 déc. 1963, *Revue critique de dr. international privé*, 1965.614; Pologne, loi du 12 nov. 1965, *ibid.* 1966.323; Rép. dém. allemande, loi du 5 déc. 1975, *ibid.* 1977.191, note Wengler; Hongrie, décret-loi 13/1979, *ibid.* 1981.158, note Majoros; Yougoslavie, loi du 15 juillet 1982, *ibid.* 1983.353, note Cigoj; sans oublier la Turquie, loi du 20 mai 1982, *ibid.* 1983.141, note Uluocak. Comp. la réforme bulgare de 1985 pour le dr. int. privé de la famille, *ibid.* 1989.822.

3. Portugal, C.civ. (25 nov. 1966, *Revue critique de dr. international privé*, 1968.369, révisé D.-L.25 nov. 1977, *ibid.*, 1978.598, note Moura Ramos); Espagne, décret-loi du 31 mai 1974, *ibid.*, 1976.397 (avec l'article de Iglesias Buigues), et la loi du 7 juil. 1981, *ibid.*, 1983.140 (avec, p.1 et s. l'article de Carrillo Salcedo); Autriche, loi du 15 juin 1978, *ibid.*, 1979.174, note Schwind; Rép. féd. d'Allemagne, loi du 25 juil. 1986, *ibid.*, 1987.170, avec, p.1 et s. les articles de Sonnenberger, Sturm et Basedow; Suisse, loi du 18 déc. 1987, *ibid.*, 1988.409, avec, p. 207 et s., les articles de Knoepfler et Schweizer, von Overbeck et Stojanovic; Roumanie, loi du 29 sept. 1992, *ibid.* 1994.167, avec la présentation de Capatina; Italie, loi du 31 mai 1995, *ibid.*, 1996.174, avec les articles de Giardina, Ballarino, Pocar et Starace; Liechtenstein, lois du 19 sept. et 30 oct. 1996, *ibid.*, 1997.858. A ces textes s'ajoutent un projet hollandais qui serait sur le point d'aboutir (sur son esquisse, v. van Rijn van Alkemade, *Mél. Giuliano*, 1989.175) et un projet belge en cours d'élaboration. Sur l'ensemble de ces textes, v. Vassilakakis, *Orientations méthodologiques dans les codifications récentes du dr. int. privé en Europe*, Paris, 1987.

commence à gagner le continent nord-américain<sup>4</sup>, sans parler de divers textes codificateurs survenus en Asie et en Afrique.

Pourtant le problème de la codification ne se pose pas en France dans des conditions plus difficiles qu'ailleurs. Au contraire, la situation paraît même plus claire qu'en bien d'autres pays. A quelques exceptions près, les rares textes en vigueur datent du Code Napoléon et leur vétusté laisse au codificateur une grande marge de manœuvre. Du point de vue politique, la longue tradition centralisatrice et républicaine a fait pratiquement disparaître en France les conflits internes de lois, à l'exception de plus en plus limitée du droit des trois départements d'Alsace et de Moselle, ce qui apporte un élément appréciable de simplification par rapport à des Etats comme la Suisse ou l'Espagne, par exemple, sans parler de l'Allemagne à l'époque de la rédaction du BGB. Il faut ajouter que la France a l'avantage de posséder une jurisprudence très fournie, qui a révélé à l'occasion des litiges dont les tribunaux ont été saisis la plupart des problèmes pratiques à résoudre, et qu'elle a toujours disposé d'une pléiade de bons spécialistes de la matière, formés par les grands maîtres que furent notamment Pillet, Bartin, Niboyet et Batiffol.

Après bientôt deux siècles de jurisprudence et l'exemple des pays voisins, les problèmes n'ont-ils pas suffisamment mûri et le temps n'est-il pas venu de donner à la pratique la sécurité et la prévisibilité nécessaires en codifiant des solutions constamment exposées au risque d'une remise en question ? La France a tenté sans succès à plusieurs reprises de se donner une codification générale (I). L'échec de ces tentatives a poussé le législateur à adopter quelques règles de conflit inopportunes sur des points particuliers (II). Pour l'heure, il semble que la voie choisie en France soit celle de l'unification internationale progressive, notamment par la participation active à la Conférence de La Haye de droit international privé (III). C'est cette évolution non achevée qu'il convient d'examiner ici.

## I. L'ÉCHEC DES TENTATIVES DE CODIFICATION

Trois tentatives ont été faites, sans conviction excessive, depuis la fin de la seconde guerre mondiale. On les désigne couramment par le nom de leur principal inspirateur.

---

4. Louisiane, L.n. 923 de 1991, *Revue critique de dr. international privé*, 1992.394 et l'article de Symeonides, p. 223; Québec, L. 18 déc.1991, *ibid.*, 1992.574, et l'article de E. Groffier, p. 584. Adde Castel, *Journal de dr. internat. privé*, 1992.625.

### 1. *Le projet Niboyet de 1953.*

Ce projet avait été élaboré de 1948 à 1950 par la Commission de réforme du code civil sous l'impulsion de Niboyet<sup>5</sup> et présenté au Garde des sceaux de l'époque par le président de la commission, le doyen Léon Julliot de la Morandière. La codification du droit international privé était donc liée à une codification du droit civil, en tout cas de tout le droit des personnes et de la famille qui est celui qui donnait lieu au plus grand nombre de litiges internationaux. C'est un point à souligner, car on a parfois soutenu que la liaison entre les deux codifications était presque toujours la condition du succès de la codification du droit international privé.<sup>6</sup>

Ce projet présentait quelques particularités, de méthode et de fond.

Sur le plan de la méthode, Niboyet avait choisi la difficulté. Son projet réglait tous les problèmes considérés en France comme relevant du droit international privé, à l'exception de la nationalité, codifiée en 1945. On y trouvait la condition des étrangers, la condition des personnes morales, les conflits de lois, les conflits de juridictions (compétence internationale et effets des jugements et sentences arbitrales étrangers). Dans ces diverses matières, étaient traitées non seulement les questions spéciales (comme le mariage, la filiation, les contrats etc.) mais aussi les questions générales, par exemple, pour les conflits de lois, les qualifications, le renvoi, la condition de la loi étrangère, les droits acquis. Enfin, pour régler tous ces points, le projet ne se bornait pas à quelques directives de principe. Fort de ses 113 articles, il n'hésitait pas à entrer dans les détails et à fournir des réponses à presque toutes les questions.

Sur le fond, le doyen de la Morandière écrivait que les textes adoptés consacraient "dans leur grande majorité les solutions des lois actuelles, les solutions surtout d'une magnifique jurisprudence qui a su construire tout un système de droit international privé en s'appuyant sur la tradition pour compléter le texte insuffisant du code civil et en gardant un sens aigu tant des intérêts nationaux que des besoins du commerce international". La Morandière concédait cependant que sur certains points "nos articles s'écartent des solutions actuellement admises, dans la mesure où [...] ils marquent un retour vers la territorialité du droit

5. V. le texte de la première version, *Revue critique de dr. international privé*, 1950.111.

6. BROGGINI, "La codification du droit international privé en Suisse", *Rapports et communications de la Société suisse des juristes*, 1971.244 et s., avec des exemples anciens concernant l'Allemagne, l'Italie, la Grèce, le Portugal etc. Les grandes codifications récentes en Suisse, en Allemagne et en Italie prouveraient plutôt le contraire. Cf. *infra*, note 29.

international privé, vers l'affirmation plus nette de la souveraineté française.<sup>7</sup> C'est le moins qu'on pouvait dire.

Niboyet avait fait passer dans le projet, en matière de statut personnel, ses propres idées qui conduisaient à l'extension considérable de la compétence de la loi française. Si le rattachement du statut personnel à la nationalité était maintenu comme principe, il était précisé (art. 59) que les étrangers domiciliés en France depuis plus de cinq ans étaient régis par la loi française. De même, dans les rapports familiaux, que ce soit entre époux (effets du mariage, divorce) ou entre parent et enfant (filiation légitime ou naturelle, adoption), la loi française était applicable dès lors qu'un Français était en cause, quel que fût le domicile des intéressés ou la nationalité de l'autre partie au rapport de droit (art. 64 et 65). Ces discussions montraient que Niboyet ne reculait pas devant un certain unilatéralisme de la règle de conflit, puisque ces solutions ne jouaient qu'au profit de la loi française. Mais il est juste d'ajouter que ce même unilatéralisme conduisait Niboyet à reconnaître très largement les droits acquis à l'étranger en vertu d'une loi étrangère qui se reconnaissait compétente, dès lors que la loi française n'était pas compétente (art. 53).

Ce projet fit l'objet d'une discussion très sérieuse au Comité français de droit international privé. Il lui fut vivement reproché son unilatéralisme et la place excessive faite à la loi française.<sup>8</sup> A la suite de ces critiques, la Commission de réforme du code civil décida de reprendre son projet et d'en préparer un nouveau, dont la rédaction fut confiée à deux hauts magistrats, Marc Ancel et Georges Holleaux et au doyen Henri Batiffol. L'échec du projet Niboyet paraît donc lié à son contenu, beaucoup plus qu'à la méthode utilisée.

## 2. *Le projet Batiffol de 1959.*<sup>9</sup>

Sur le plan de la méthode, ce projet réglementait les mêmes matières que le précédent, mais il s'en distinguait par deux traits. Il était d'abord beaucoup plus bref (21 articles au lieu de 113). Il reflétait la conviction de son auteur qu'un texte législatif ne pouvait tout prévoir, spécialement en droit international privé, et qu'il était donc préférable de poser des principes généraux plutôt que de donner des solutions détaillées. De fait, le projet ne consacrait qu'un seul article à la condition des

---

7. *Avant projet de Code civil*, édité par le ministère de la Justice, rapport préliminaire, p. 28.

8. V. *La codification du droit international privé*, 1956; Adde le commentaire critique de LOUIS-LUCAS, *Revue critique de dr. international privé*, 1951.393 et s., 597 et s. (spéc. 610 et s.) et 1952.55 et s.

9. V. le commentaire de BATIFFOL : "Das IPR im Entwurf eines neuen Code civil", *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, Wien, 1964.11 et s., reproduit in *Choix d'articles*, 1976, p. 73 et s.



étrangers, contre dix aux conflits de lois et dix aux conflits de juridictions. De plus, il ne traitait plus les problèmes généraux des conflits de lois, mais donnait seulement les rattachements de la partie spéciale.

Sur le fond, le projet Batiffol éliminait toute règle unilatérale et abandonnait, conformément encore à la philosophie de son auteur, tout nationalisme. Il codifiait pour l'essentiel, en les précisant, les règles jurisprudentielles. Systématisant la solution de l'arrêt *Rivière*<sup>10</sup> appliquant au divorce, à défaut de loi nationale commune, la loi du domicile commun, il innovait en en faisant la règle commune aux relations entre époux (tant pour les effets personnels du mariage et le divorce que pour les régimes matrimoniaux<sup>11</sup>), à la filiation légitime et à l'adoption.<sup>12</sup> Il innovait aussi pour les successions en les soumettant globalement à la loi du dernier domicile du défunt, tant pour les meubles que pour les immeubles, contrairement à la tradition dualiste française.

C'était au total un texte sage et équilibré, mais qui cette fois était présenté séparément du projet de refonte du droit privé. Il n'a jamais été discuté publiquement et n'a été publié en France qu'en 1970.<sup>13</sup> La cause de l'échec est ici le manque de volonté politique. C'est sans doute aussi ce qui explique l'échec du troisième projet.

### 3. Le projet Foyer de 1967.

Après l'arrêt des travaux de la Commission, un troisième projet a vu le jour en 1967, à l'initiative du garde des Sceaux de l'époque, Jean Foyer.<sup>14</sup> Ce ministre très actif, qui fut un grand légiste, avait alors entrepris la rénovation de nombreux chapitres du code civil (tutelle, régimes matrimoniaux, avant les réformes ultérieures de l'autorité parentale, de la filiation, de la majorité et du divorce). Il réunit une commission d'internationalistes en 1967 en vue de rédiger un nouveau projet de réforme du droit international privé français.

Ce texte de 37 articles se présentait comme un livre IV ajouté au code civil et intitulé "De la loi applicable en droit international privé". Il ne traitait plus que des conflits de lois, à l'exception d'un article sur la

10. Civ. 1ère 17 avril 1953, *Revue critique de dr. international privé*, 1953.412, note Batiffol.

11. Ce qui, sur ce dernier point, était une innovation contraire à la tradition française soumettant le régime matrimonial à la loi d'autonomie, à défaut à la loi du premier domicile matrimonial considérée comme loi implicitement choisie par les époux et correspondant à la localisation de leurs intérêts pécuniaires.

12. Idée reprise par le législateur allemand de 1986, v. l'art. 14 EGBGB nouveau.

13. *Revue critique de dr. international privé*, 1970.832

14. Sur ce troisième projet, v. l'étude de Jacques Foyer (le frère de Jean), *Journal de dr. internat. privé*, 1971.31, avec en annexe le texte du projet, publié également *Revue critique de dr. international privé*, 1970.835.

condition des étrangers. C'est qu'entre-temps la constitution du 4 octobre 1958 avait établi une distinction stricte entre les matières législatives, parmi lesquelles figure à peu près tout le droit civil, et les matières réglementaires, dans lesquelles se trouve la procédure civile. Il en résulte que les conflits de lois relèvent du domaine de la loi, tandis que les conflits de juridictions ont un caractère réglementaire, ce qui a pour effet de les soustraire à la discussion parlementaire<sup>15</sup>, en sorte qu'il n'est plus possible constitutionnellement de traiter de l'ensemble de la matière dans un texte unique.

Elaboré sur la base du projet de 1959 mais limité aux conflits de lois, ce nouveau texte codifiait lui aussi pour l'essentiel les solutions de la jurisprudence et, à la différence du précédent, contenait quelques dispositions de caractère général, notamment sur l'ordre public, le renvoi et l'application de la loi étrangère. Sur le fond, il ne contenait que des règles de conflit bilatérales, reflétant pour l'essentiel les résultats de la jurisprudence et réintroduisant même la dualité de rattachement successoral, loi du domicile pour les successions mobilières, loi de situation des immeubles pour les successions immobilières. Pour le régime matrimonial, il reprenait le rattachement, proposé par le projet Batiffol, à la loi nationale commune. Certaines solutions cependant n'avaient été acquises qu'à une faible majorité, spécialement le rattachement, traditionnel en France, de la filiation légitime à la loi des effets du mariage, une forte minorité ayant penché pour la loi nationale de l'enfant, comme à l'époque pour la filiation naturelle.<sup>16</sup>

Ce projet a sommeillé comme les autres dans les cartons de la Chancellerie, jusqu'au jour où une indiscretion d'auteurs américains en a provoqué la publication aux Etats-Unis.<sup>17</sup> C'est alors seulement qu'il a pu être publié en France.<sup>18</sup>

Selon son principal inspirateur, l'échec de ce troisième projet serait dû au fait que "la codification des règles de rattachement n'a pas obtenu de nos successeurs au ministère de la Justice le même intérêt que nous lui avons attaché."<sup>19</sup> Une autre explication est peut-être aussi qu'entre-

15. V. dans le même sens l'observation de LOUSSOUARN, "Les vicissitudes de la codification du droit international privé français", in *E pluribus unum, Liber amicorum Georges A.L. Droz*, La Haye, 1996, p. 191, spéc. 199.

16. V. Jacques FOYER, *op. cit.* (note 14), p. 47. Les deux rattachements indiqués au texte ne sont plus ceux du droit positif français depuis la loi du 3 janvier 1972.

17. VON MEHREN et NADELMANN, "A French Draft of a Law on Private International Law", 18 *Am. J. Comp. L.* 614-628, 886 (1970).

18. *Revue critique de dr. international privé*, 1970.835, *Journal de dr. internat. privé*, 1971.50.

19. Jean FOYER, "Tournant et retour aux sources en droit international privé; l'article 310 nouveau du code civil", J.C.P. 1976.I.2762, n°?? 1.

temps les idées personnelles de Jean Foyer, qui restait un homme politique influent en tant que président de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, avaient changé et qu'il était devenu ou redevenu, comme on le verra, un disciple fervent de l'unilatéralisme à la manière de Niboyet.

Au delà de l'anecdote, il faut tout de même s'interroger sur ces échecs répétés et sur ce qui apparaîtra bientôt, après l'entrée en vigueur de tous les projets annoncés hors de nos frontières, comme une singularité française.<sup>20</sup> Le fait est, et la remarque vaut pour les trois projets, que la codification du droit international privé n'a jamais été ressentie en France comme une nécessité par les spécialistes de la matière. Le manque de conviction apparaissait déjà dans le rapport précité de Julliot de la Morandière, lorsqu'il exaltait la "magnifique jurisprudence" auquel le projet de 1953 aurait mis fin s'il était devenu loi. Et en 1967 le cœur n'y était toujours pas. Un membre parmi les plus éminents de la commission a pu écrire: "Le sentiment qu'en une matière aussi notoirement évolutive il convenait de faire confiance à la jurisprudence, persistait comme un regret même chez les partisans de la codification."<sup>21</sup> Les codifications qui réussissent sont celles qui marquent une rupture avec le passé. Or, celles qui furent proposées en France, surtout en 1959 et en 1967, étaient des codifications de stabilisation, de conservation. Elles ne pouvaient pas susciter l'enthousiasme.

A cet égard, la situation de la France était très différente de celle de ses principaux voisins que sont l'Allemagne et l'Italie. A la différence de ceux-ci, la France n'avait pas sur ce point de codification à *refaire*. Les Etats ayant récemment entrepris la refonte de leur codification possédaient des textes obsolètes et souvent même, notamment en Allemagne et en Italie, contraires aux dispositions constitutionnelles actuelles. Cette contrariété avait été constatée par les plus hautes juridictions constitutionnelles de ces Etats et le législateur était tenu d'intervenir pour ne pas laisser se perpétuer un vide juridique. La révision de ces textes était donc dans ces pays absolument nécessaire.

En France, l'absence de codification avait évité cette difficulté et permis à la jurisprudence de suivre le mouvement des idées. On a même vu dans cette souplesse d'adaptation un argument contre la codification dont l'effet, au moins dans un premier temps, serait de figer les solutions.

20. V. aussi D. BUREAU, "La codification du droit international privé", in *La codification*, Dalloz, 1996, p. 119-143. *Adde* l'article de LOUSSOUARN, *préc.* (note 15).

21. FRANCESCOAKIS, "Le surprenant article 310 nouveau du code civil sur le divorce international". *Revue critique de dr. international privé*, 1975.556.

Prenant acte de ce fait, le législateur français s'est engagé dans deux autres directions, l'une, calamiteuse, des codifications ponctuelles du droit international privé, l'autre, porteuse d'espoir mais aux résultats encore incertains, de la codification internationale.

## II. LE DÉSORDRE PROVOQUÉ PAR LES INTERVENTIONS PONCTUELLES DU LÉGISLATEUR DANS LES CONFLITS DE LOIS

C'est en matière maritime qu'apparurent les premiers textes fragmentaires de codification du droit international privé. Quatre lois des années soixante ont réglé certains conflits de lois en matière d'affrètement<sup>22</sup>, de sûretés sur les navires<sup>23</sup>, d'abordage et d'assistance en mer<sup>24</sup> et de consignation des marchandises transportées par mer.<sup>25</sup> Le caractère très spécial de ces questions et le fait que les internationalistes de droit privé sont généralement très ignorants du droit maritime et réciproquement, pouvaient justifier le principe d'édicter ici des règles de conflit particulières.

Au demeurant ces textes, au lieu d'édicter des règles de conflit bilatérales classiques, se contentaient souvent de définir unilatéralement le champ d'application de la loi française. L'article 16 de la loi du 18 juin 1966, heureusement frappé aujourd'hui de caducité du fait de l'entrée en vigueur de la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, disposait: "Le présent titre est applicable aux transports effectués au départ ou à destination d'un port français". Règle évidemment perturbatrice, mais dont on sait qu'elle existe dans de nombreuses législations étrangères.

Au cours de la décennie 1970, cette méthode du "coup par coup" a été étendue à des matières très sensibles de l'état des personnes, à savoir la filiation et le divorce. A l'occasion des deux grandes réformes législatives de la filiation<sup>26</sup> et du divorce<sup>27</sup>, ont été introduites dans le code civil des dispositions réglant (ou prétendant régler) les conflits de lois en la matière. Ce n'aurait pas été trop grave si les dispositions adoptées avaient été celles des précédents projets, spécialement du dernier. Mais il n'en fut rien. Cinq ans à peine après son élaboration, le projet de 1967 est apparu caduc à son principal inspirateur, ce qui jette d'ailleurs une ombre sur toute tentative de codification.

---

22. Loi du 18 juin 1966.

23. Loi du 3 janvier 1967.

24. Loi du 7 juillet 1967.

25. Loi du 3 janvier 1969.

26. Loi du 3 janvier 1972.

27. Loi du 11 juillet 1975.



Le contenu des dispositions adoptées en 1972 et en 1975 a suscité des oppositions et polémiques d'une rare vivacité. Elles tenaient d'abord à l'irritation due au fait que ces dispositions étaient l'œuvre d'un seul homme, certes fort éminent, qui était parvenu, en utilisant à merveille les ressources de la procédure parlementaire, à soustraire pratiquement à toute discussion préalable, tant au Parlement que parmi les spécialistes, les textes qu'il avait lui-même rédigés. En second lieu, les règles de droit international privé alors adoptées se trouvaient à la remorque de dispositions du droit interne. Jean Foyer justifiait ce fait de la façon suivante: "Alors que les règles du droit substantiel étaient profondément modifiées, . . . il nous a paru impossible de faire abstraction, dans une loi moderne, des conflits de lois en matière de filiation et de divorce."<sup>28</sup> Conversion tardive: en effet, ce qui lui a semblé impossible en 1972 et en 1975 lui était apparu tout à fait possible en 1964, en 1965 et en 1970, lors des réformes de la tutelle, des régimes matrimoniaux et de l'autorité parentale, qui ne comportent aucune règle de conflit.

Au fond du débat, il y a toute une conception du droit international privé qui est engagée. Il est clair que pour Jean Foyer, le droit international privé est dans la dépendance du droit interne. Les catégories des règles de conflit édictées par la loi sur la filiation sont celles même du droit français, dont elles reprennent les différents chapitres. C'est ainsi qu'à côté de la règle de conflit générale en matière de filiation, il y a une règle de conflit particulière pour chacune des institutions suivantes du droit français: légitimation par mariage, légitimation par autorité de justice, reconnaissance volontaire, action à fins de subsides. Ces catégories n'ont pas nécessairement leur correspondant exact à l'étranger. Il suffit d'évoquer les "reconnaisances sans filiation" ou ce qu'on appelle les filiations alimentaires. La formulation de la règle de conflit à partir des seules institutions internes françaises provoque inévitablement des lacunes qui eussent pu être évitées par une réflexion ordonnée aux besoins de la société internationale et par l'adoption de catégories plus compréhensives. Mais pour cela, il aurait fallu prendre un peu de recul et aborder les problèmes de droit international privé séparément de ceux du droit interne.<sup>29</sup>

28. *Op. cit.* (note 19), n° 2.

29. Cf. WENGLER, *Internationales Privatrecht*, t. II, 1981, p. 1294 (§ 8, S. 135), qui observe que si la possibilité d'une codification du droit international privé sur une base exclusivement unilatéraliste n'est pas exclue, encore faut-il que les règles fixant le champ d'application du droit national ne soient pas édictées dans le corpus législatif à l'occasion de chaque norme de comportement, mais qu'un même facteur de rattachement soit retenu pour des catégories entières de règles juridiques.

Enfin, les dispositions ainsi adoptées sont fragmentaires. Un ilot législatif va devoir s'insérer dans un tissu jurisprudentiel d'une inspiration très différente. Des solutions parcellaires vont se heurter à des principes généraux suivis habituellement dans les autres domaines. La méthode du coup par coup méconnaît le caractère systématique du droit international privé et d'ailleurs Jean Foyer n'en disconvenait pas en concédant que "cette méthode comporte le danger d'une insuffisante cohérence entre les strates successives de la sédimentation législative."<sup>30</sup>

Quelques exemples vont montrer le caractère réel de ce danger. Les règles de conflit sur la filiation ne se veulent applicables qu'à l'établissement de la filiation.<sup>31</sup> Une controverse a aussitôt surgi pour savoir si les nouvelles règles de conflit sur l'établissement de la filiation pourraient coexister avec les anciennes sur les effets de la filiation. Certains ont dit oui, d'autres ont dit que les nouvelles règles devaient s'appliquer aussi aux effets de la filiation, d'autres enfin ont pensé qu'il fallait forger de nouvelles règles de conflit, distinctes à la fois des anciennes et de celles de la loi de 1972. Et le débat s'est concentré à l'époque surtout sur l'autorité parentale et sur l'obligation alimentaire entre parents et enfants.<sup>32</sup>

Autre exemple: la loi sur le divorce prévoit l'application de la loi française sur le divorce dès que les deux époux sont français ou domiciliés en France. Dans le système de la jurisprudence, la même règle de conflit<sup>33</sup> s'appliquait aux effets personnels du mariage, au divorce (considéré comme le terme des effets du mariage) et à la filiation légitime, suite normale du mariage. Des liens rationnels s'étaient donc établis entre ces différents secteurs du droit international privé. La filiation a été arrachée à cet ensemble pour être soumise en principe à la loi personnelle de la mère<sup>34</sup>, au moins pour son établissement. Le divorce l'a été trois ans plus tard. Les effets personnels du mariage doivent-ils rester seuls soumis à l'ancienne règle de conflit ou doivent-ils subir l'attraction de la réforme du divorce ? Question importante en cas de séparation de corps. La séparation de corps est soumise à la même règle de conflit que le divorce, mais elle laisse subsister, tout en les modifiant, certains effets du mariage qui sont eux-mêmes soumis, quand on les considère isolé-

30. *Op. cit.* (note 19), n° 3.

31. Cf l'intitulé de la section III du chapitre I des Dispositions communes à la filiation légitime et à la filiation naturelle: "Du conflit des lois relatives à l'établissement de la filiation".

32. Sur ces deux points, le débat a perdu beaucoup de son intérêt, du fait de l'entrée en vigueur en France, peu après, des conventions de La Haye du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs et du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires.

33. Issue de l'arrêt *Rivière*, préc. (note 10).

34. Art. 311-14 c. civ.

ment, à une règle de conflit différente. Comme on le constate, la législation par petits paquets rompt la cohérence de la matière. Il aurait fallu choisir entre une codification complète et un système exclusivement jurisprudentiel.

La rupture de la cohérence est encore aggravée par l'adoption de règles unilatérales dans ces codifications partielles. Cela avait commencé, comme déjà indiqué, par les textes de droit maritime et pouvait peut-être se justifier par la spécificité de ce droit. Il n'en est pas de même en droit civil et ce fut avec une surprise inquiète qu'on vit apparaître dans la loi sur la filiation<sup>35</sup>, puis surtout dans la loi sur le divorce<sup>36</sup> des règles de conflit unilatéralistes. Ce changement n'était pas dû aux exigences de la matière du divorce, mais à une conception théorique du droit international privé, comme l'a très bien exposé *a posteriori* Jean Foyer lui-même pour défendre son texte.<sup>37</sup> Ce n'est pas le lieu de discuter du bien fondé respectif des méthodes unilatéraliste et bilatéraliste en droit international privé. Il suffit de rappeler qu'il faut faire un choix et essayer de s'y tenir. La jurisprudence française était bien fixée dans le sens bilatéraliste. L'injection d'une dose d'unilatéralisme par voie législative déséquilibre le système.

La leçon de ces expériences malheureuses a tout de même été entendue, en ce sens que les réformes du code civil entreprises depuis 1975 n'ont plus abordé le droit international privé. Il s'en est pourtant fallu de très peu en matière d'adoption. Lors des débats ayant précédé le vote de la loi (d'origine parlementaire) du 5 juillet 1996 relative à l'adoption, avait été retenue une disposition de droit international privé de très mauvaise facture, qui a opportunément été abandonnée en dernière lecture.<sup>38</sup> Il est vrai qu'en cette matière, a été conclue le 29 mai 1993 une convention de La Haye, que la France a l'intention de ratifier prochainement, montrant ainsi qu'elle est plus attachée aux efforts de codification internationale qu'à une codification purement française.

### III. L'OUVERTURE DE LA FRANCE A LA CODIFICATION INTERNATIONALE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

En France aujourd'hui, l'essentiel du droit international privé écrit est constitué par des conventions internationales, principalement celles

35. Art. 311-15 c. civ.

36. Art. 310 c. civ.

37. Art. précité (note 19), n° 21 et s.

38. V. F. MONÉGER, "Le Parlement à la recherche d'une règle de conflit en matière d'adoption internationale", J.C.P.n° 9 du 22 juillet 1996, Actualités.

de la Conférence de La Haye de droit international privé<sup>39</sup> et de la Communauté européenne<sup>40</sup>, accessoirement celles du Conseil de l'Europe, de la Commission internationale de l'état civil et aussi de l'Organisation des Nations Unies. La France est également partie à des conventions bilatérales, dont trois intéressent directement les conflits de lois.<sup>41</sup> Il est clair que le progrès ne peut venir que des premières.

Les conventions bilatérales, très utiles et très abondantes dans le domaine de la condition des étrangers et de l'exécution des jugements, sont nocives dans celui des conflits de lois. Celles qui ont été conclues s'expliquent par l'importance des populations concernées immigrées en France et par le souci de donner à celles-ci un statut familial qui soit reconnu dans leur pays d'origine. Mais elles introduisent un élément de désordre dans un droit déjà complexe, puisque les règles qu'elles adoptent diffèrent non seulement entre elles mais aussi par rapport au droit commun français. On ne peut donc parler de simplification à leur sujet. A un moment, on a même pu craindre que certains Etats, troublés par les réformes intempestives du droit international privé français en matière de filiation et de divorce, et redoutant de voir leurs nationaux trop souvent soumis à la loi française, ne cherchent à négocier avec la France des traités bilatéraux garantissant l'application à leurs ressortissants de leur loi nationale. L'éclatement des solutions eût été complet.

Ce danger est évité si les règles de conflit adoptées sont communes à plusieurs Etats, que ceux-ci soient groupés dans une union régionale comme l'Union européenne ou le Conseil de l'Europe, ou qu'ils appartiennent à une même organisation internationale à vocation mondiale, comme la Conférence de La Haye.

Cette codification internationale présente des avantages certains sur les codifications nationales. Les règles de conflit adoptées sont presque toujours des règles uniformes, applicables même si la loi qu'elles désignent est celle d'un Etat non contractant. Ainsi est évité le danger d'avoir un droit international privé spécial aux Etats contractants et un droit international privé commun, avec les inévitables problèmes de frontière que soulèverait leur coexistence. De plus, les domaines où intervient la codification sont ceux où se fait sentir un réel besoin. Une

---

39. Sur les 25 conventions de la Conférence qui sont en vigueur, la France en a ratifié 16. V. le tableau des ratifications, publié chaque année dans le n° 1 de la *Revue critique de dr. international privé* (v. en dernier lieu le n° 1 de 1997, p. 158 à 193).

40. Il s'agit bien sûr de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, plusieurs fois modifiée, sur la compétence et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale et de la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, sans compter les règles de conflit contenues dans certaines directives.

41. Conventions franco-polonaise du 5 avril 1967, franco-yougoslave du 18 mai 1971 et franco-marocaine du 10 août 1981.



entreprise de codification internationale est trop coûteuse pour être menée à la légère. L'expérience de la Conférence de La Haye, même si elle n'a pas rencontré que des succès, est à cet égard instructive. La Conférence s'est d'abord attaquée à des questions très concrètes, comme la vente, la forme des testaments, les accidents d'automobile, les obligations alimentaires, avant d'aborder plus tard, mais avec moins de succès, des problèmes de plus grande ampleur, comme les régimes matrimoniaux ou les successions. Enfin les solutions adoptées le sont après un examen comparatif des droits en conflit et de longues discussions. Quiconque a participé aux négociations de ces conventions peut témoigner du sérieux de ces travaux, même si les indispensables concessions laissent parfois un sentiment de frustration.<sup>42</sup>

En sens inverse, il est vrai que les négociations de ces conventions sont souvent longues et difficiles et qu'elles se soldent parfois par des échecs. Il peut arriver aussi que certaines conventions ne soient ratifiées que par un très petit nombre d'Etats et que, loin de contribuer à l'unification internationale de la matière, elles ne fassent qu'ajouter un élément d'hétérogénéité dans un domaine qui n'en avait pas besoin. On peut citer la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, en vigueur seulement entre la France, le Luxembourg et les Pays-Bas, ou encore celle du 1er août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort, ratifiée uniquement par les Pays-Bas et mise en vigueur unilatéralement par cet Etat.<sup>43</sup> L'objection n'est pas décisive. Outre que ces conventions s'efforcent de ne pas troubler l'harmonie des solutions qui pourrait exister entre Etats non contractants<sup>44</sup>, on peut penser que si telle ou telle de ces conventions est adoptée par un Etat, c'est qu'il lui trouve sans doute quelque mérite, du fait précisément du travail de préparation qui l'a précédée. Ainsi pour la France la convention sur les régimes matrimoniaux a-t-elle le grand avantage, en dépit d'une réelle complication, de fixer avec certitude le régime matrimonial légal des couples migrants, ce que ne permettait pas de faire la jurisprudence française séculaire dans des cas limites de plus en plus fréquents.

---

42. Ou même de rejet. V. Y. LEQUETTE, jugeant "globalement négatif" le bilan de l'unification conventionnelle du droit international privé de la famille ("Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales", RCADI, t. 246 (1994-II), p. 11 et s., spéc. 226).

43. V. la loi du 4 septembre 1996, *Revue critique de dr. international privé*, 1997.135, note D. van Iterson.

44. V. particulièrement la règle de conflit de systèmes de l'article 4 de la convention sur les successions, que l'on retrouve dans la toute récente convention sur la protection des enfants du 19 octobre 1996 (art. 21, § 2).

Il reste que ces codifications sont partielles et se heurtent de ce fait à certaines des objections adressées plus haut au caractère ponctuel des lois françaises récentes intervenues en la matière. L'exemple le plus net est peut-être celui des conventions de La Haye sur les obligations alimentaires, lorsque l'obligation dépend de l'établissement préalable d'un lien de parenté auquel la convention ne s'applique pas. Il est bien clair que la divergence entre Etats contractants des règles de conflit concernant cette question préalable de statut personnel nuira à l'harmonie des solutions sur la question alimentaire principale, d'où la recherche de solutions fonctionnelles<sup>45</sup>, dans lesquelles certains ont cru déceler la menace d'une disparition du statut personnel.<sup>46</sup> Mais, à moins de rêver, comme on le faisait au siècle dernier<sup>47</sup>, d'un code international complet, ces problèmes d'articulation de catégories voisines sont inévitables. Sur ce point précis de l'obligation alimentaire, une convention d'une utilité aussi incontestée que la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968<sup>48</sup> n'y échappe pas.

La France suivra-t-elle un jour la voie dans laquelle ses voisins se sont résolument engagés ? Les auteurs français qui abordent la question sont assez hésitants et se montrent en tout cas soucieux à juste titre de préserver l'acquis des conventions internationales.<sup>49</sup> Jusqu'à présent la France, en ratifiant un grand nombre de conventions internationales, a montré qu'elle préférerait à une codification nationale une unification internationale progressive des solutions. Cette position est défendable, sans être totalement imparable. On pourrait imaginer dans une codification nationale des clauses de flexibilité, comme la clause d'exception, ainsi que la réserve des conventions internationales<sup>50</sup>, afin de ménager les évolutions nécessaires. Une codification générale du droit international privé français apporterait plus de certitude aux juristes non spécialisés en la matière et permettrait aussi aux tribunaux étrangers qui, par l'effet du renvoi, ont parfois à appliquer le droit international privé

45. V. P. LAGARDE, "Observations sur l'articulation des questions de statut personnel et des questions alimentaires dans l'application des conventions de droit international privé", *Mélanges en l'honneur d'Alfred von Overbeck*, Fribourg (Suisse), 1990, p. 511 et s.

46. LEQUETTE, cours préc. (note 42), p. 112 et s., 117 et s.

47. V. David DUDLEY FIELD, *Projet d'un code international*, traduit par Albéric ROLIN, éd. Pédone, Paris, 1881. Cf. F.K. JUENGER, "David Dudley Field's Contribution to the Conflict of Laws", *Liber Memorialis François Laurent*, Bruxelles, 1989, p. 837 et s.

48. Préc. (note 40).

49. V. LOUSSOUARN, art. préc. (note 15), p. 204; comp. BUREAU, art. préc. (note 20), p. 143; SIMON-DEPITRE, "Codification et règles écrites dans le droit français des conflits de lois", *Liber Memorialis François Laurent*, Bruxelles, 1989, p. 1039; comp. B. AUDIT, *Droit international privé*, 2ème éd., 1997.

50. Cf. l'art. 2282 du code civil dans le projet de 1967 ou, plus près de nous, l'article 1er, § 2 de la loi suisse de 1987.

1998]

**Sur la non-codification**

59

français, de mieux l'appréhender. Cette codification qui, pour réussir, devrait être novatrice, donnerait aussi l'occasion de reconsidérer les réformes ponctuelles de 1972 et de 1975 et de mettre de l'ordre dans une jurisprudence dont les évolutions ne laissent pas toujours deviner le fil conducteur.